Ausschluß und Ausscheiden von Abkömmlingen bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hermann Remmler

aus Schloßvippach

Referendar am kgl. Oberlandesgericht zu Naumburg a. S.

Approbiert am 19. Juli 1911.

ACAD. LURIO. BAT. BIBL.

Erfurt 1912.

Gedruckt bei J. Frohberger Nachf.

264

Referent: Universitätsprofessor Dr. Siber.

Inhalts-Verzeichnis.

Einleitung. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft mit Rücksicht auf die daran teilnehmenden Personen.

I. Die vor Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft von der Teilnahme ausgeschlossenen Abkömmlinge.
   1. Die Ausschlußbefugnis der Ehegatten.
   2. Die Rechtsstellung eines ausgeschlossenen Abkömmlings.
   3. Der pflichtteilsähnliche Anspruch des Ausgeschlossenen.

II. Die nach dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft aus der Gemeinschaft ausscheidenden Abkömmlinge.
   1. Die Möglichkeit eines anteilsberechtigten Abkömmlings auf den Gesamtgutsanteil Verzicht zu leisten.
   2. Die rechtliche Natur der aus dem Gesamtgut gewährten Abfindung.
   3. Die Befugnis der Gemeinschafter zur Gewährung einer Abfindung.
   4. Die rechtliche Stellung eines abgefundenen Abkömmlings.
   5. Die Berücksichtigung einer Abfindung bei der Auseinandersetzung.

III. Die Notwendigkeit der Einräumung eines Anspruchs auf Abfindung für die anteilsberechtigten Abkömmlinge.

Ausschluß und Ausscheiden von Abkömmlingen bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Die fortgesetzte Gütergemeinschaft, die communio prorogata der Quellen, ist ein Institut des deutschen Rechtes.[1]) Ihren Ursprung und ihr Fortleben im Rechtsbewußtsein des Volkes verdankt diese Gütergemeinschaft der praktischen Erwägung, daß es bei dem Wegfall eines in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten oftmals für den Ueberlebenden recht schwer, wenn nicht unmöglich ist, alles herauszugeben, was er aus der Ehe in seinen Händen hat und zum großen Teile an die Abkömmlinge als Erbteil herausgeben muß.[2]) Eine sofortige Aufteilung des Nachlasses würde häufig eine Erschütterung der wirtschaftlichen Stellung des überlebenden Ehegatten herbeiführen. Die Rücksicht auf den überlebenden Ehegatten ist auch die Veranlassung gewesen, daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft als Güterstand in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen ist.[3]) Die fortgesetzte Gütergemeinschaft besteht zwischen dem überlebenden Elternteile und den anteilsberechtigten Abkömmlingen. Anteilsberechtigt sind aber nur die gemeinsamen Abkömmlinge des verstorbenen und überlebenden Ehegatten. Ob die gemeinschaftlichen Abkömmlinge minderjährig oder volljährig, ledig oder verheiratet, dem elterlichen Hausstand angehören oder nicht, ist an sich unerheblich. Mit Rücksicht auf

[1]) v. Roth a. a. O., S. 111.

[2]) Eck a. a. O., S. 450.

[3]) S. auch Mot. IV. S. 426 ff., S. 440.

§ 1923 BGB. Abs. 2 hat ein zur Zeit des Todes des einen Ehegatten noch nicht lebender, aber bereits erzeugter Abkömmling als gemeinschaftlicher zu gelten. Den gemeinschaftlichen, ehelichen Abkömmlingen stehen gleich die ehelichen Kinder ehelicher Kinder und die unehelichen Kinder einer ehelichen Tochter, da diese gemäß § 1705 BGB. im Verhältnis zu der Mutter und zu den Verwandten der Mutter die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes haben. Außerdem sind hierher zu zählen die gemäß § 1699 BGB. als ehelich geltenden Kinder aus einer nichtigen Ehe, die durch nachfolgende Ehe legitimierten Kinder (§ 1719 BGB.), die von den Ehegatten gemeinschaftlich an Kindesstatt angenommenen Kinder (§ 1749 BGB.), sowie die von einem Ehegatten angenommenen Kinder des anderen Ehegatten (§ 1757 Abs. 2 BGB.) und deren Abkömmlinge, insoweit sich die Wirkung der Annahme auf sie erstrecken (§ 1762 BGB.) Die Antwort auf die Frage, wer von diesen gemeinschaftlichen Abkömmlingen in einem bestimmten Falle zur Teilnahme an der Gütergemeinschaft berechtigt ist, gibt uns § 1483 BGB., es treten nämlich in die Gemeinschaft ein diejenigen Abkömmlinge, die im Falle der gesetzlichen Erbfolge als Erben berufen sind.

I.

1. Aber auch die anteilsberechtigten Abkömmlinge werden nicht immer Teilhaber der Gemeinschaft. Jedem der Ehegatten steht die Möglichkeit offen, den Eintritt eines solchen Abkömmlings in die künftige Gütergemeinschaft zu verhindern; denn er ist in der Lage für den Fall, daß die Ehe durch seinen Tod aufgelöst wird, einen gemeinschaftlichen Abkömmling von der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch letztwillige Verfügung auszuschließen (§ 1511 Abs. 1 BGB.) Diese gesetzliche Vorschrift beruht auf dem

Gesichtspunkte, daß die Teilnahme eines gemeinschaftlichen Abkömmlings das Surrogat seines gesetzlichen Erbrechtes bildet und daß gemäß § 1938 BGB. der Erblasser die gesetzlichen Erben durch Testament von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen kann[1]). Die Verfügung des Ehegatten kann in einem Testament und, wie sich aus §§ 2278, 2299 BGB. ergibt, als einseitige, nicht vertragsmäßige Bestimmung in einem Erbvertrage getroffen werden. Nach § 1516 Abs. 1 BGB. ist zur Wirksamkeit einer solchen Verfügung die Zustimmung des anderen Ehegatten erforderlich. Die Ehegatten können eine Ausschlußbestimmung auch in einem gemeinschaftlichen Testament aussprechen (§ 1516 Abs. 3). Der Ausschluß des Abkömmlings braucht nicht immer ausdrücklich erklärt zu werden, es genügt, wenn ein dahingehender Wille des Ehegatten aus der Verfügung sich entnehmen läßt, z. B. in der Weise, daß der überlebende Ehegatte als Vorerbe, der einzige Abkömmling als Nacherbe eingesetzt wird. Diese Ausschlußmöglichkeit ist aber nur für den Fall gegeben, wie sich aus § 1511 Abs. 1 ergibt, daß die Ehe durch den Tod des Ehegatten ihr Ende erreicht, der die ausschließende Verfügung getroffen hat. Wird die Ehe durch den Tod des anderen Ehegatten aufgelöst, so kann der überlebende Ehegatte einen Abkömmling nicht mehr von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausschließen. Die durch den überlebenden Ehegatten vor dem Ableben des anderen Ehegatten erfolgte Ausschließung wird also gegenstandslos. Wenn beide Ehegatten die Absicht haben, einen Abkömmling auf jeden Fall auszuschließen, ohne Rücksicht darauf, wer von ihnen zuerst aus dem Leben scheidet, so ist es nötig, daß jeder Ehegatte seinerseits den Abkömmling ausschließt.

[1]) S. auch Mot. IV. S. 442. v. Staudinger a. a. O. Bem. 6 zu § 1511.

Neben dieser Ausschließungsmöglichkeit hat jeder Ehegatte die sich aus den §§ 1512—1514 für ihn ergebende Befugnis durch eine letztwillige Verfügung oben erwähnter Art in die Rechte eines an der fortgesetzten Gütergemeinschaft teilnehmenden Abkömmlings einzugreifen, insbesondere kann der Ehegatte dem Abkömmling den Anteil entziehen § 1513. Es liegt außerhalb des Rahmens unserer Aufgabe auf diese einzelnen im Gesetz geregelten Fälle näher einzugehen, da es sich dabei nicht um die Ausschließung eines Abkömmlings von dem Eintritt in die Gemeinschaft, sondern um eine Einwirkung auf die Rechte der Abkömmlinge handelt, die sich erst mit dem Tode des überlebenden Ehegatten, also bei der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft geltend macht. Gleichwohl bleibt der Abkömmling, gegen den eine, seine Rechte beschränkende Verfügung ergangen ist, während des Bestehens der fortgesetzten Gütergemeinschaft Teilhaber der Gemeinschaft.

Daraus folgt, daß ihm die gleichen Rechte zustehen, wie den übrigen anteilsberechtigten Abkömmlingen, solange die Gemeinschaft dauert.[1]) Nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft wird dann die Beschränkung wirksam.

Macht der Ehegatte von der ihm zustehenden Ausschlußbefugnis Gebrauch, so interessiert zunächst die Frage, wie die Rechtslage sich gestaltet, wenn beim Vorhandensein mehrerer Abkömmlinge alle oder der einzige Abkömmling der in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten ausgeschlossen wird. Für diesen Fall findet sich die

[1]) Staudinger, Bem. 4 zu § 1513, Opet Bem. 2 zu § 1513, Planck Bem. 5 zu § 1513, A. M. Cosack II § 327. IV 2a der behauptet, daß ein solcher Abkömmling lediglich als „Statist" in die Gemeinschaft aufgenommen werde.

Ansicht vertreten, daß das ganze Gesamtgut dem überlebenden Ehegatten verbleibt.[1]) Andere Schriftsteller behaupten, daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft gleichwohl eintritt und der überlebende Ehegatte das ganze Gesamtgut erhält, die fortgesetzte Gütergemeinschaft aber sofort in dem Augenblick durch Konsolidation des Gesamtguts in der Person des Ehegatten wieder endigt.[2])

M. E. ist diesen Auffassungen nicht beizupflichten. Die begriffliche Voraussetzung für das Entstehen einer Gemeinschaft ist an das Vorhandensein von mindestens zwei Rechtssubjekten geknüpft und daher kann, da ja der überlebende Ehegatte die Gemeinschaft allein fortsetzen müßte, ein Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht in Betracht kommen. Allerdings spricht gegen diese Ansicht, daß nach § 1511 Abs. 2 der Pflichtteil für den Ausgeschlossenen aus dem Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu zahlen ist, der Abs. 2 demnach von dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft unter allen Umständen auszugehen scheint. Dieser Widerspruch wird nur in der Weise zu lösen sein, daß wir die Vorschrift des § 1511 Abs. 2 „aus dem Gesamtgut" der fortgesetzten Gütergemeinschaft als eine nicht völlig genaue Ausdrucksweise des Gesetzgebers ansehen.[3])

Denn das Vorhandensein von wenigstens zwei Rechtssubjekten ist für den Begriff einer Gemeinschaft so wesentlich, daß mangels dieser Voraussetzung eine Gemeinschaft nie entstehen kann. Die Rechtslage ist die gleiche, wie wenn gemeinschaftliche Abkömmlinge nicht vorhanden gewesen wären. Der Gesamtgutsanteil des verstorbenen Ehegatten wird Bestandteil seines Nachlasses und es tritt gemäß

[1]) Hachenburg a. a. O., S. 41.
[2]) Bollenbeck, a. a. O. S. 571 ff.
[3]) Wie auch Staudinger in Bem. 6, zu § 1511 annimmt.

§ 1482 BGB. die Beerbung des Ehegatten nach den allgemeinen Vorschriften ein.[1]) Ist also der ausgeschlossene Abkömmling der einzige oder sind sämtliche Abkömmlinge ausgeschlossen, so ist der Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft begrifflich unmöglich.

2. Wird beim Vorhandensein von mehreren Abkömmlingen ein Abkömmling von der künftigen Gemeinschaft ausgeschlossen, so tritt dieser beim Ableben des ausschließenden Ehegatten nicht in die fortgesetzte Gütergemeinschaft als Gemeinschafter ein, er gilt vielmehr als vor dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft verstorben.[2])

Der überlebende Ehegatte setzt beim Eintritt des Todes des ausschließenden Ehegatten mit den anderen gemeinschaftlichen Abkömmlingen gemäß § 1483 BGB. die Gemeinschaft fort. Die Ausschließung kommt den übrigen anteilsberechtigten Abkömmlingen zu statten und zwar nach Maßgabe der gesetzlichen Erbfolge gegenüber dem Verstorbenen.[3]) Die Ausschließung wirkt zunächst nur für die Person des Ausgeschlossenen.[4]) Mangels anderweiter Bestimmung des Ehegatten treten demnach die Abkömmlinge des ausgeschlossenen Abkömmlings an dessen Stelle. Jedoch ist der Ehegatte im Stande die Abkömmlinge des Ausgeschlossenen von der Teilnahme auszuschließen, auch insoweit sie bei seinem Tode noch nicht erzeugt sind.[5]) Der ausgeschlossene Abkömmling

[1]) So auch Planck, Bem. 8 zu § 1511, Schmidt, 4c zu § 1511 Staudinder, Bem. 6 zu § 1511.

[2]) S. auch Opet 3 A

[3]) So auch Planck Bem. 8 zu § 1511.

[4]) Staudinger, Bem 4 zu § 1511, Opet 3 A zu § 1511.

[5]) Planck Bem. 8, Staudinger Bem. 4, Opet 3 A S. 1 a. M. Zelter S. 255 a. a. O. wonach der Ehegatte nur die bei seinem Tode erzeugten Abkömmlinge des Ausgeschlossenen ausschließen kann.

wird beim künftigen Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht anteilsberechtigt, er steht vollständig außerhalb der Gemeinschaft.

Mithin hat er weder die während des Bestehens der fortgesetzten Gütergemeinschaft noch die nach ihrer Beendigung für die anteilsberechtigten Abkömmlinge sich ergebenden Rechte.

3. Da nun die Teilnahme des gemeinschaftlichen Abkömmlings an der fortgesetzten Gütergemeinschaft, wie wir oben gesehen haben, das Surrogat seines Erbrechts ist, so räumt das Gesetz dem ausgeschlossenen Abkömmling einen dem Pflichtteilsanspruch des von der Erbschaft ausgeschlossenen Erben analogen Anspruch ein, ein quasi-Pflichtteilsrecht, wie es v. Blume nennt (§ 1511 Abs. 2 Satz 1). [1]) Der Anspruch geht auf Zahlung des Betrages, der dem Ausgeschlossenen von dem Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft als Pflichtteil gebühren würde, wenn die fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht eingetreten wäre (§ 1511 BGB.) Er ist nur gegen das Gesamtgut gerichtet und aus diesem zu leisten. Daneben bleibt das gesetzliche Erbrecht des Abkömmlings in die bei der allgemeinen Gütergemeinschaft möglicherweise vorkommenden anderen Vermögensmassen — Vorbehalts- und Sondergut — des verstorbenen Ehegatten ungeschmälert.[2]). Der Abkömmling kann allerdings auch hinsichtlich dieser Vermögensmassen erblos gestellt werden, nach Maßgabe der §§ 1938, 2303 ff. Aber dazu bedarf es m. E. einer dahingehenden Willenserklärung des Ehegatten oder Handlungen, aus denen auf einen solchen Willen geschlossen werden kann. In der Ausschließung des Abkömmlings von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist deshalb ohne weiteres

[1]) Opet 3 B zu § 1511.
[2]) Opet, Bem. 3 zu § 1511.

eine Beschränkung auch seines Erbrechts bezüglich des vom Gesamtgut getrennten Vermögens des verstorbenen Ehegatten nicht zu erblicken. Demnach ist es möglich, daß ein ausgeschlossener Abkömmling seinen vollen Erbteil aus dem Vorbehalts- und Sondergut und außerdem noch den ihm aus § 1511 Abs. 2 Satz 1 zustehenden Betrag fordern kann. Unter Umständen ist allerdings in der bloßen Ausschließung von der fortgesetzten Gütergemeinschaft auch eine Enterbung hinsichtlich des Vorbehalts- und Sonderguts zu erblicken, nur muß ein entsprechender Wille des Ehegatten erkennbar sein.[1]) Der Ausgeschlossene erwirbt das Recht ipso jure mit dem Tode des Ausschließenden, und zwar ist der Anspruch sofort fällig mit Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft, nicht erst bei ihrer Beendigung. Bei der Berechnung des Pflichtteils wird deshalb der Bestand und der Wert des Gesamtguts zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu Grunde gelegt. Im übrigen finden die für den Pflichtteilsanspruch geltenden Vorschriften auf diesen Anspruch des ausgeschlossenen Abkömmlings gemäß § 1511 Abs. 2 Satz 2 entsprechende Anwendung.

Der einem ausgeschlossenen Abkömmlinge gezahlte Pflichtteilsbetrag belastet bei einer späteren Auseinandersetzung der Gemeinschafter die anteilsberechtigten Abkömmlinge. Denn der Ausschluß verringert die Anzahl der an der Gesamtgutshälfte der Abkömmlinge beteiligten Gesamthänder; er liegt also nur im Interesse der Abkömmlinge. Die Anrechnung erfolgt aber gemäß § 1501 BGB. nicht nach § 1500, wie § 1511 Abs. 3 irrtümlich angibt.[2]) Der Pflichtteilsbetrag wird zunächst dem

[1]) Planck, Bem. 10 zu § 1511. Staudinger, Bem. 7 zu § 1511.

[2]) S. Ubbelohde i. Iherings Jahrb. 38, S. 214, Planck, Bem. 9, Staudinger, Bem. 9 zu § 1511.

Gesamtgut zugezählt und dann derselbe Betrag von der Gesamtgutshälfte der Abkömmlinge wieder abgezogen (§ 1501 Abs. 1). Im Verhältnis der Abkömmlinge zu einander fällt der Betrag denen zur Last, denen die Ausschließung zu statten kommt (§ 1511 Abs. 3 Satz 2). Da die Verrechnung dieses Pflichtteilsbetrags in gleicher Weise geschieht wie die einer Abfindung, welche einem anteilsberechtigten Abkömmling für den Verzicht auf seinen Gesamtgutsanteil aus dem Gesamtgut gewährt wird, so wird im zweiten Teil der Arbeit näher ausgeführt werden, aus welchen Gründen die vom Gesetzgeber festgestellte Art der Anrechnung eines gezahlten Pflichtteilsbetrags oder einer geleisteten Abfindung im Verhältnis des überlebenden Ehegatten und der anteilsberechtigten Abkömmlinge, sowie der Abkömmlinge untereinander zu erklären ist.

II.

1. Neben dem Ausschluß eines Abkömmlings, der zur Folge hat, daß der Ausgeschlossene überhaupt nicht in die fortgesetzte Gütergemeinschaft eintritt, kennt das Gesetz die Möglichkeit eines freiwilligen Austritts der Abkömmlinge aus der bereits bestehenden fortgesetzten Gütergemeinschaft. Jedem anteilsberechtigten Abkömmling ist es nämlich unbenommen, aus der Gütergemeinschaft freiwillig auszuscheiden, ohne daß dadurch der Fortbestand der Gemeinschaft irgend wie berührt wird, sofern nur neben ihm ein anderer anteilsberechtigter Abkömmling vorhanden ist. Gemäß § 1491 BGB. ist ein anteilsberechtigter Abkömmling jederzeit in der Lage auf seinen Anteil am Gesamtgut zu verzichten.[1])

[1]) Von dieser Art des Verzichts ist zu unterscheiden der Verzicht, den ein Abkömmling einem oder beiden Ehegatten im Voraus für den Fall, daß die Ehe durch den Tod eines von ihnen aufgelöst wird, vertragsmäßig abgibt (§ 1517 BGB.)

Der Verzicht muß, wie aus § 1491 BGB. folgt, nach Eintritt der Gemeinschaft erfolgen; denn „anteilsberechtigt" ist ein Abkömmling erst mit seinem Eintritt in die Gütergemeinschaft und nur von einem solchen Abkömmling spricht der genannte Paragraph.

Der Verzicht kann von dem ausscheidenden Abkömmling auf doppelte Weise geleistet werden. Entweder erfolgt er mittels einseitiger Erklärung des Abkömmlings, die in öffentlich beglaubigter Form gegenüber dem für den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten zuständigen Gerichte abzugeben ist, oder er wird mittels eines gerichtlichen oder notariellen Vertrags erklärt, der zwischen dem Verzichtenden auf der einen und dem überlebenden Ehegatten und den übrigen anteilsberechtigten Abkömmlingen auf der anderen Seite geschlossen wird. (§ 1491 BGB.) Die Voraussetzungen in der Person des den Verzicht erklärenden Abkömmlings sind die allgemein zur Abgabe von Willenserklärungen erforderlichen. Demnach hat für einen geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Abkömmling der gesetzliche Vertreter den Verzichtsakt vorzunehmen. Die Rechtswirksamkeit des Verzichtes ist jedoch, wenn der Verzichtende unter elterlicher Gewalt, Vormundschaft oder Pflegschaft steht, von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes abhängig.

Was den Umfang eines geleisteten Verzichtes angeht, so muß er den gesamten Anteil des verzichtenden Abkömmlings umfassen. Da die fortgesetzte Gütergemeinschaft ein Gesamthandsverhältnis ist und der Anteil eines Gesamthänders begrifflich unteilbar ist, so ist auch der Verzicht nicht auf einen Teil des Anteils beschränkbar. Demnach ist nur ein sich auf den ganzen Gesamtsgutanteil beziehender Verzicht rechtswirksam.[1])

[1]) Opet a. a. O., § 1491 Anm. 6.

2. Schwerlich wird sich ein anteilsberechtigter Abkömmling aber bereit finden, auf seinen Gesamtgutsanteil zu verzichten, ohne ein Aequivalent dafür zu empfangen. In der Regel wird er nur dann auf seinen Anteil Verzicht leisten, wenn er diesen verwerten kann und sich für die Aufgabe seines Rechts hinreichend entschädigt sieht. Nur die Aussicht auf eine entsprechende Abfindung für den Verzicht auf seinen Anteil am Gemeinschaftsvermögen wird ihn zu einer Verzichtserklärung veranlassen.

Eine solche Abfindung kann an sich aus den verschiedenen, bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft in Frage kommenden Vermögensmassen geleistet werden. Wird sie von dem überlebenden Ehegatten aus dessen Vorbehaltsgut oder von einem anteilsberechtigten Abkömmling aus dessen nicht zur Gemeinschaft gehörenden Vermögen gewährt, so interessiert uns dieser Fall weniger, da von den Wirkungen einer solchen Abfindung die übrigen Teilhaber an der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht berührt werden [1]), weil sie bei einer Auseinandersetzung der Gemeinschafter außer Betracht bleibt. Anders steht es, wenn eine Abfindung der Masse des Gesamtgutes entnommen worden ist. Als Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft hat aber zu gelten:

1. Das Gesamtgut der durch den Tod des einen Ehegatten beendigten Gütergemeinschaft und zwar in dem Stande, in dem es sich zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft befindet. Demnach einschließlich etwaiger Ausgleichungsansprüche des Gesamtguts an das Vorbehalts- und Sondergut eines Ehegatten. (§ 1456 S. 2, §§ 1460—67 BGB).

2. Alles, was der überlebende Ehegatte aus dem Nachlaß des verstorbenen Ehegatten erhält, insbesondere

[1]) Planck a. a. O. § 1501 b, Schmidt Anm. 6 zu § 1491.

auch was er als Erbe, Vermächtnisnehmer oder Pflichtteilsberechtigter aus dem Vorbehaltsgut oder — vorbehaltlich der Bestimmung des § 1486 Abs. 2 — dem Sondergute des verstorbenen Ehegatten erlangt.[1]).

3. Alles, was der überlebende Ehegatte während des Bestehens der fortgesetzten Gütergemeinschaft erwirbt, sofern nicht der Erwerb Vorbehalts- oder Sondergut wird (§ 1485 BGB).

4. Gemäß dem Surrogationsprinzip alles

a) was der überlebende Ehegatte auf Grund eines zum Gesamtgut gehörenden Rechtes erwirbt; hierher sind zu rechnen Früchte und Nutzungen, z. B. die Zinsen einer zum Gesamtgut gehörenden verzinslichen Forderung.

b) Was der Ehegatte erlangt für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zum Gesamtgut gehörenden Gegenstandes.

c) Was der Ehegatte durch ein Rechtsgeschäft erwirbt, das sich auf das Gesamtgut bezieht.

5. Die Nutzungen, die das Sondergut des überlebenden Ehegatten bringt.

Die unter 1 bis 5 erwähnten Vermögensmassen machen das Gesamtgut aus.

Nicht Gesamtgut ist das Vorbehalts- und Sondergut des überlebenden Ehegatten. (§ 1486 Abs. 1 u. 2). Auch das Vermögen der anteilsberechtigten Abkömmlinge wird nicht Gesamtgut. Dies gilt sowohl von dem Vermögen, das sie bei Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft bereits haben, wie von dem, das sie aus dem Sonder- oder Vorbehaltsgut des verstorbenen Ehegatten erlangen oder während der fortgesetzten Gütergemeinschaft aus irgend einem Rechtsgrund erwerben. Die Abkömmlinge

[1]) Opet a. a. O., § 1485 b, ebenso Planck § 1485 b.

sind an der Gemeinschaft überhaupt nur mit dem ihnen am Gesamtgut zustehenden Anteile beteiligt.

Nur eine den unter 1 bis 5 als Gesamtgut aufgeführten Vermögensmassen entnommene Abfindung ist von Bedeutung. Dies hat seinen Grund darin, weil nur eine aus dem Gesamtgut geleistete Abfindung bei der Auseinandersetzung der Gemeinschafter berücksichtigt werden muß.

Ihrem Gegenstand nach kann die aus dem Gesamtgut gewährte Abfindung in jedem Rechtsakt bestehen, durch den die wirtschaftliche Lage des Abgefundenen verbessert wird z. B. auch ein Verzicht auf eine Gesamtgutsforderung gegen den betreffenden Abkömmling etwa aus einer zum Ersatz verpflichtenden Gesamtgutsbeschädigung [1]).

Die Vereinbarung einer Abfindung steht an sich der Rechtsnatur des Verzichtes nicht entgegen.[2]) Wir können die Abfindung etwa folgendermaßen definieren „als eine Leistung aus dem Gesamtgut an einen verzichtenden anteilsberechtigten Abkömmling, die ihm für seine Verzichtleistung auf seinen Anteil am Gesamtgut gewährt wird".

3) In der fortgesetzten Gütergemeinschaft steht der überlebende Ehegatte der Gesamtheit der anteilsberechtigten Abkömmlinge gegenüber. Der Gesetzgeber hat die Rechte und Pflichten der Gemeinschafter geregelt; er hat aber keine nähere Bestimmung darüber getroffen, wer eine Abfindung gewähren kann. Es ist im Gesetz nicht festgesetzt, ob der überlebende Ehegatte dazu allein im Stande ist, oder ob er an die Mitwirkung der übrigen Gemeinschafter gebunden ist. Um eine Antwort auf diese Fragen geben zu können, müssen wir uns die Befugnisse

[1]) Opet, Bem. 2 zu § 1501.

[2]) Staudinger, a. a. O., Anm. 7, Blum, Anm. 8 zu § 1491.

der einzelnen Gemeinschafter während der Dauer der Gütergemeinschaft vergegenwärtigen.

Für den verstorbenen Ehegatten treten die gemeinschaftlichen Abkömmlinge in die Gemeinschaft derart ein, daß dem überlebenden Ehegatten die rechtliche Stellung, wie sie der Ehemann bei der allgemeinen Gütergemeinschaft einnimmt, und den Abkömmlingen die der Ehefrau eingeräumt wird. Blieben die Rollen gleich, so würde das Mißlichkeiten zur Folge haben, nämlich dann, wenn beim Tode des Ehemannes die Kinder in seine Rechtsstellung einrücken würden und die Ehefrau und Mutter somit unter ihren Kindern stünde. Eine derartige Rechtslage hat der Gesetzgeber vermeiden wollen. Die Ehefrau bekommt die Stellung des Mannes; die Kinder erhalten die der Ehefrau (§ 1487 BGB.). Der überlebende Ehegatte ist wesentlich besser gestellt als die anteilsberechtigten Abkömmlinge. Seine bevorzugte und führende Stellung in der Gemeinschaft erscheint durch die Zweckbestimmung der fortgesetzten Gütergemeinschaft gerechtfertigt, die, wie bereits erwähnt ist, im Interesse des überlebenden Ehegatten zur Wahrung seiner sozialen Stellung eingeführt worden ist, sowie durch die Tatsache, daß der überlebende Elternteil in der Regel mit einem größeren Vermögen am Gesamtgut beteiligt ist, als die Abkömmlinge; denn selbst der weitere Erwerb des Ehegatten, soweit er nicht ins Vorbehaltsgut fällt, wird Bestandteil des Gesamtguts, während der Erwerb der anteilsberechtigten Abkömmlinge dem Gesamtgut fremd bleibt.

Die Pflichten und Rechte des überlebenden Ehegatten, sowie der anteilsberechtigten Abkömmlinge bezüglich des Gesamtguts bestimmen sich nach den für eheliche Gütergemeinschaft geltenden Vorschriften der §§ 1487, 1442/49, 1455/57 und 1466 BGB.

Was zunächst die anteilsberechtigten Abkömmlinge angeht, so spielen sie eine mehr passive Rolle in der Gemeinschaft. In bestimmten Fällen, die später erörtert werden sollen, haben sie zu Rechtsgeschäften des überlebenden Ehegatten ihre Zustimmung zu erteilen. Sie nehmen an der Gemeinschaft teil nur in Höhe des Gesamtgutsanteils des verstorbenen Ehegatten. Ist der überlebende Ehegatte an der Ausübung seiner Verwaltungstätigkeit verhindert, so sind die Abkömmlinge nicht berechtigt an seiner Stelle die Verwaltung zu übernehmen, wie die Ehefrau bei der allgemeinen Gütergemeinschaft; es macht sich vielmehr in einem solchen Fall die Bestellung eines Pflegers notwendig. Unter Umständen haben die Abkömmlinge ein selbständiges Klagrecht. Wenn der überlebende Elternteil ohne die nach §§ 1487, 1444/46 BGB. erforderliche Zustimmung über ein zum Gesamtgut gehörendes Recht verfügt hat, dann sind sie zur Klaganstellung im eigenen Namen berechtigt. Während ferner der überlebende Ehegatte jederzeit die Befugnis hat, die bestehende Gemeinschaft aufzuheben § 1492 BGB., hat der Gesetzgeber ihnen ein gleiches Recht nicht eingeräumt. Sie können eine Auflösung der Gemeinschaft prinzipiell nicht verlangen, selbst dann nicht, wenn sie volljährig sind. Nur unter den bestimmten Voraussetzungen des § 1492 BGB. steht ihnen das Recht zu auf Aufhebung der Gemeinschaft zu klagen, die dann bei Rechtskraft des Urteils ihr Ende erreicht. § 1496 BGB.

Dagegen hat der überlebende Ehegatte Besitz-, Verwaltungs- und Verfügungsrecht an dem Gesamtgut.

Seine Verfügungsmacht ist aber keine unbeschränkte. Sie ist dadurch begrenzt, daß für bestimmte wichtige und bedeutsame Geschäfte das Gesetz die Zustimmung sämtlicher Abkömmlinge, nicht nur ihre Mehrheit erfordert.

Eine Zustimmung der anteilsberechtigten Abkömmlinge macht sich nach dem Gesetz nötig:

a) Zu einem Rechtsgeschäft, durch das der überlebende Ehegatte sich zu einer Verfügung über das Gesamtgut im Ganzen verpflichtet oder zu einer Verfügung über das Gesamtgut, durch die eine ohne Zustimmung der anteilsberechtigten Abkömmlinge eingegangene Verpflichtung dieser Art erfüllt werden soll, § 1444 BGB. Dabei handelt es sich zunächst um obligatorische Rechtsgeschäfte, die eine Verpflichtung enthalten über das Gesamtgut oder einen Bruchteil desselben zu verfügen; sodann kommt in Frage jede dingliche Verfügung über Bestandteil des Gesamtguts durch die eine ohne Zustimmung der Abkömmlinge eingegangene obligatorische Verpflichtung des überlebenden Ehegatten zur Verfügung über das Ganze erfüllt werden soll. Nicht hierher zu rechnen ist, die Verfügung über das Gesamtgut im ganzen oder einen Bruchteil desselben. Eine derartige Verfügung durch einheitlichen Rechtsakt ist während der Dauer der Gütergemeinschaft überhaupt unmöglich [1]).

b) Zu einer Verfügung über ein zum Gesamtgut gehörendes Grundstück, sowie zur Eingehung einer Verpflichtung zu einer solchen, § 1445. Als Verfügung genannter Art sind zu erwähnen die Veräußerung und die Dereliktion eines Grundstücks, die Belastung eines solchen mit dinglichen Rechten etwa einer Hypothek, Grundschuld, Reallast oder einem Nießbrauch. Soweit ein obligatorisches Geschäft auf eine derartige Verfügung gerichtet ist — z. B. ein Kaufvertrag — bedarf auch dieses der Zustimmung der Abkömmlinge.

c) Zu Schenkungen. Der überlebende Ehegatte braucht die Einwilligung der Abkömmlinge zu einer Schenkung

[1]) Staudinger a. a. O. 2c zu § 1444.

aus dem Gesamtgut, sowie zur Erfüllung eines ohne diese Zustimmung abgegebenen Schenkungsversprechens.

Das gleiche gilt von einem Schenkungsversprechen, das sich nicht auf das Gesamtgut bezieht. Aus der Masse des Gesamtguts kann der Ehegatte also Schenkungen nicht vornehmen. Soweit sein Vorbehaltsgut in Frage kommt, ist er in Schenkungen aus diesem allerdings unbeschränkt. Schenkungen aus dem Sondergut des Ehegatten kommen wegen der Unübertragbarkeit desselben nicht in Betracht.

Dagegen ist die Zustimmung der Abkömmlinge stets notwendig zu einem Schenkungsversprechen. Dies ist selbst dann der Fall, wenn sich ein solches auf einen Gegenstand des Vorbehalts- oder Sonderguts beziehen sollte. Der Grund hierfür ist in der Tatsache zu suchen, daß alle Verbindlichkeiten des überlebenden Ehegatten ohne Rücksicht, aus welchem Rechtsgrund sie entstanden sind, als Gesamtgutsverbindlichkeiten zu gelten haben und das Gesamtgut zur Erfüllung eines solchen Versprechens in Anspruch genommen werden kann.

Zu Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, ist die Zustimmung der Abkömmlinge gemäß §§ 1446, Abs. 2, 1487 nicht erforderlich. Dies hat aber nicht von Schenkungsversprechungen zu gelten. Für welchen von den Gemeinschaftern, gleichviel ob für den überlebenden Ehegatten oder die Abkömmlinge, eine sittliche Pflicht oder eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht besteht, ist gleichgiltig. Als Beispiele für Pflichtgeschenke mögen erwähnt sein: Unterstützungen an arme, nicht unterhaltungsberechtigte Verwandte, Trinkgelder, Hochzeits- und Geburtstagsgeschenke.

Zu allen Schenkungen, abgesehen von solchen, die aus Pflicht- und Anstandsgefühl gemacht werden, ist die

Zustimmung der Abkömmlinge nötig. Die Schenkung muß unterbleiben, wenn auch nur ein Abkömmling die Zustimmung verweigert. Während sonst, wenn ein Abkömmling zu einem Rechtsgeschäft, das die ordnungsgemäße Verwaltung des Gesamtguts nötig macht, seine Zustimmung ohne ausreichenden Grund nicht erteilt, diese auf Antrag des überlebenden Ehegatten durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden kann[1]) ist eine derartige Ersetzung beim Schenkungsgeschäft unmöglich, weil das Gesetz eine Schenkung als nicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung gehörig ansieht[2]).

Nimmt der überlebende Ehegatte ein zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft ohne diese Zustimmung vor, so ist es dem Gesamtgut gegenüber nach § 1448 BGB. unwirksam.

Abgesehen von den erwähnten Beschränkungen ist dem überlebenden Ehegatten ein freies, nur von seinem Ermessen abhängiges Verfügungsrecht über die Masse eingeräumt.

Aus den obigen Erörterungen ergibt sich für uns, daß der Ehegatte, wenn er einem ausscheidenden Abkömmling ein Grundstück oder ein an einem solchen bestehendes Recht als Abfindung geben will, an die Zustimmung der übrigen Gemeinschafter gebunden ist. Wollte er die Abkömmlinge übergehen, so würde er auch bei der Durchführung seines Vorhabens auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen; denn ohne die Mitwirkung der Abkömmlinge könnte niemals einer Eintragung des abgefundenen Abkömmlings als Eigentümer oder dinglich Berechtigter im Grundbuch stattgegeben werden.

---

[1]) § 1447, 1487 BGB.

[2]) Staudinger a. a. O. Bem. 2 zu § 1447, Opet 1 a zu § 1447.

In der Gewährung von anderen Gesamtgutsgegenständen als Abfindung müßte der Ehegatte an sich unbeschränkt sein, da nur bei der Vornahme der vom Gesetz ausdrücklich hervorgehobenen Rechtsgeschäfte die anteilsberechtigten Abkömmlinge mitwirken müssen. Dieser Schluß ist z. B. unabweisbar für Schmidt,[1]) der der Ansicht ist, daß der überlebende Ehegatte, der über Gesamtgut nach §§ 1487, 1443 verfügen dürfe, prinzipiell eine Abfindung ohne Zustimmung der übrigen Gemeinschafter geben könne. Schmidt verkennt nicht, daß durch eine ohne Zustimmung vorgenommene Abfindung die Abkömmlinge, die sich diese nach § 1501 BGB. bei der Auseinandersetzung auf die ihnen gebührende Gesamtsgutshälfte anrechnen lassen müssen, unter Umständen erheblich benachteiligt werden. Er sieht aber keine Möglichkeit, sie vor einer derartigen Gefahr zu schützen.

Nach Cosack[2]) bedarf die Abfindung schlechthin der Genehmigung der anteilsberechtigten Abkömmlinge, „weil es gar zu unbillig sei, daß der Ehegatte zu Lasten der anderen Kinder eigenmächtig eine Abfindung gewähre". De lege ferenda ist m. E. die Einführung dieser Beschränkung zu beachten und befürworten. Doch in dem geltenden Recht findet sich für die Annahme Cosack's kein Anhaltspunkt. Billigkeitsgründe können aber nicht ausschlaggebend sein, denn diese allein berechtigten uns nicht, über gesetzliche Bestimmungen oder aus ihnen zu ziehende Konsequenzen hinwegzusehen.[3])

Andere Schriftsteller wie Planck und Blume[4]) machen einen Unterschied je nachdem die Abfindung auf Grund

[1]) Schmidt a. a. O. Anm. 6 zu § 1491.
[2]) Cosack a. a. O. II § 327 IV. 2c.
[3]) So auch Staudinger Anm. 2c zu § 1501.
[4]) Blume Anm. 2, Planck Anm. 1 d zu § 1501.

eines vertragsmäßigen oder einseitigen Verzichts geleistet worden ist:

a. Bei der für einen vertragsmäßigen Verzicht gewährten Abfindung wirkten die anteilsberechtigten Abkömmlinge notwendigerweise stets als Vertragsschließende mit und seien in der Lage die Abfindung insbesondere auch ihre Höhe zu beeinflussen. Nach Blume ist die Abfindung überhaupt nur als Teil eines Verzichtsvertrags denkbar; „denn zur Klarstellung, daß durch eine Leistung aus dem Gesamtgut ein Verzicht auf einen Gesamtgutsanteil abgegolten sei, bedürfe es der hierauf gerichteten übereinstimmenden Willenserklärung der Kontrahenten des Verzichtsvertrags".

Eine Abfindung beim vertragsmäßigen Verzicht ist ohne Zustimmung der Abkömmlinge nach beiden Schriftstellern undenkbar.

b. Dagegen soll eine für einen einseitig erklärten Verzicht gewährte Abfindung stets den Charakter einer Schenkung haben. Will man mit Planck und v. Blume diese Abfindung als Schenkung ansehen, so bedarf der überlebende Ehegatte gemäß §§ 1487, 1446 BGB. der Zustimmung der Abkömmlinge, sofern nicht der Tatbestand des § 1446 Abs. 2 vorliegt.[1]) Um die Notwendigkeit der Zustimmung seitens der Abkömmlinge festzustellen, würde dann von Fall zu Fall zu entscheiden sein, ob die Voraussetzung für eine Pflicht- oder Anstandsschenkung vorliegt. Es ist aber m. E. nicht unbedenklich, die Abfindung beim einseitig erklärten Verzicht als Schenkung rechtlich zu behandeln. Nach § 516 BGB. gehört zu den Begriffsmerkmalen der Schenkung die Einigung der Parteien darüber, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Eine unentgeltliche Zuwendung wird nach dem Parteiwillen

[1]) Staudinger Bem. 2c zu § 1501. Schmidt Anm. 6 zu § 1501.

jedoch in der Regel nicht vorliegen, da die Abfindung sicher als Entgelt für den Verzicht gegeben wird. Ist dies aber der Fall, so erscheint eine Schenkung begrifflich unmöglich.

Nach der Ansicht Staudingers[1]) ist es an sich unerheblich, auf welche Weise — ob einseitig oder vertragsmäßig — der Verzicht erfolgt ist. Er nimmt an, daß der überlebende Ehegatte in jedem Falle ohne Zustimmung der übrigen Gemeinschafter in der Lage ist, eine Abfindung, die dem Anteil des Abkömmlings an dem Gesamtgut nach dessen Stand zur Zeit der Abfindung entspricht, zu gewähren. Insoweit die Abfindung über dieses Maß hinausgeht, sieht er sie als Schenkung an, zu der die Zustimmung der Abkömmlinge sofern es sich nicht um Pflicht- oder Anstandsschenkung handelt, notwendig ist.

Der Ansicht Staudingers gebührt meines Erachtens der Vorzug vor allen anderen. Staudinger verkennt einerseits nicht die überragende Stellung des überlebenden Ehegatten, dem während der Dauer der Gemeinschaft die Verfügungsmacht über das Gesamtgut prinzipiell allein zusteht, insoweit er nicht durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen darin beschränkt worden ist, und räumt ihm die Abfindungsbefugnis deshalb ein, anderseits sucht er die Abkömmlinge vor Nachteilen, die durch eine uneingeschränkte Betätigung der Abfindungsbefugnis des Ehegatten entstehen können, dadurch zu bewahren, daß er diese Verfügungsmacht begrenzt und dem Ehegatten nur die Berechtigung zugesteht, eine Abfindung zu geben, die ihrer Höhe nach dem Anteil des verzichtenden Abkömmlings am Gesamtgut entspricht. Man wird m. E. Staudinger auch darin beistimmen können, daß die Abfindung, soweit

[1]) Staudinger 2c zu § 1501.

sie den Anteil übersteigt, als Schenkung betrachtet werden kann. In diesem Falle wird zweifellos die Einigung der Beteiligten über die unentgeltliche Zuwendung der Mehrleistung anzunehmen sein.

Wir gelangen demnach zu folgendem Ergebnis:

Der überlebende Ehegatte ist im Stande, jedem durch Verzicht ausscheidenden Abkömmlinge unter allen Umständen eine seinem Gesamtgutsanteil entsprechende Abfindung aus der Masse des Gesamtguts zu gewähren. Er ist dabei an eine Mitwirkung der übrigen Gemeinschafter nicht gebunden. Nur muß diese Abfindung stets dem Anteil des Abkömmlings am Gesamtgut zur Zeit der Abfindung entsprechen. Geht der überlebende Ehegatte über das dem Anteil entsprechende Maß hinaus, so ist diese Mehrleistung als zustimmungsbedürftige Schenkung anzusehen, sofern nicht die Voraussetzungen des § 1446 Ab. 2 vorliegen, was aber in der Regel nicht der Fall sein wird.

4. Der abgefundene Abkömmling scheidet für immer aus der Gemeinschaft aus und hat keinerlei Rechte mehr auf seinen Gesamtgutsanteil. Von den Wirkungen des Verzichts werden die Abkömmlinge des Verzichtenden in gleicher Weise getroffen. Nach § 1491 Abs. 4 hat der Verzicht die gleichen Wirkungen, wie wenn der Verzichtende z. Zt. des Verzichtes ohne Hinterlassung von Abkömmlingen gestorben wäre. Daraus folgt, daß die Anwartschaft der Abkömmlinge auf Eintritt in die Gemeinschaft ebenfalls hinfällig wird. Ohne weiteres wirkt der Verzicht gegen die Abkömmlinge, selbst wenn sie zur Zeit des Verzichtes noch nicht existieren.[1]) Der Verzichtende und seine Nachkommen werden so behandelt, als ob sie vor Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft

[1]) Schmidt Anm. 5 zu § 1491.

gestorben wären. Der Verzicht hat unmittelbar dingliche Wirkungen. Ob diese Wirkung des Verzichtes auf die Abkömmlinge vertragsmäßig ausgeschlossen werden kann, ist eine lebhaft bestrittene Frage. Blume und Planck[1]) behaupten, daß ein derartiger vertraglicher Ausschluß möglich sei. Da nach § 1491 BGB. Abs. 4 ein Verzicht nicht nur den Verzichtenden sondern auch dessen Abkömmlinge binde, so stehe er dem Erbverzichtsvertrage gleich. (§ 2349 BGB.) Bei einem solchen sei die Zulässigkeit einer Ausschlußvereinbarung ausdrücklich anerkannt durch den Zusatz „sofern nicht ein anderes bestimmt wird". Nun enthalte zwar der § 1491 BGB. keinen entsprechenden Zusatz; dieser Mangel beweise jedoch nicht, daß ein Ausschluß der dinglichen Verzichtswirkung unzulässig sei.

Diesen Ausführungen kann man schwerlich beitreten. M. E. läßt sich die dingliche Wirkung des Verzichts nicht ausschließen. Der Gesetzgeber hat die fortgesetzte Gütergemeinschaft derart abschließend geregelt, daß Abweichungen von der im Gesetz festgesetzten Norm, nur in sehr beschränktem Maße, wie sie in den §§ 1511—1515 BGB. festgesetzt sind, zulässig sind. Die Möglichkeit einer Ausschlußvereinbarung ist im Gesetz nicht vorgesehen. Würde ein Ausschluß verabredet werden, so ist das eine mit den Vorschriften der §§ 1483/1517 BGB. in Widerspruch stehende Anordnung, die gemäß § 1518 nicht getroffen werden darf und demnach mit Rücksicht auf § 134 BGB. nichtig ist.[2])

Der infolge des Ausscheidens eines Abkömmlings freiwerdende Anteil am Gesamtgut wächst, sofern andere

[1]) Planck Anm. 3 zu § 1491, Blume Anm. 10 daselbst.

[2]) Ebenso Schmidt Anm. zu § 1491, v. Staudinger Anm. zu § 1491, Schulz a. a. O. S. 30.

anteilsberechtigte Abkömmlinge vorhanden sind, diesen an. Sind solche nicht da, so konsolidiert sich das Gesamtgut in der Hand des überlebenden Ehegatten. Im Falle des Vorhandenseins anteilsberechtigter Abkömmlinge wächst der Anteil des ausgeschiedenen Abkömmlings den übrigen ipso jure an, wodurch im Verhältnis zu dritten Personen die rechtliche Stellung des Gesamtverhältnisses in keiner Weise eine Veränderung erleidet.

Diese Anwachsung vollzieht sich nach der herrschenden Meinung kraft Gemeinschaftsrechts[1]), nicht kraft Erbrechts. Es liegt kein erbrechtlicher Erwerb vor, wie v. Blume[2]) und Hellwig annehmen, weil ihn der Tod oder der fingierte Tod eines anteilsberechtigten Abkömmlings vermittele. Nach Hellwig soll es sich um eine Universalsukzession in den einem Lebenden zustehenden Vermögenskomplex handeln.[3]) Mit Recht führt Hintze a. a. O. S. 55 m. E. aus, daß, da erst bei der Auflösung der Gemeinschaft ein selbständiger Vermögenskomplex in Erscheinung trete, vorher eine Sukzession in einen noch unausgeschiedenen Teil stattfinden müsse, der allen Gemeinschaftern zur gesamten Hand gehöre. Dies sei begrifflich unmöglich und deshalb könne der Gesichtspunkt einer Universal- oder Singularsukzession überhaupt nicht in Betracht kommen.

Es handelt sich bei der Anwachsung um einen ohne Uebertragungsakt erfolgenden Zuwachs, der kraft Gemeinschaftsrecht eintritt[4]). Durch Wegfall infolge Ausscheidens des einen Abkömmlings verringert sich die

---

[1]) Ebenso Schmidt Anm. 3 zu § 1490, Planck Anm. 4 daselbst, Hintze a. a. O. S. 55/57.

[2]) Anm. 3 zu § 1490.

[3]) s. Hellwig Rechtskraft S. 216 u. 17.

[4]) Schmidt Anm. 3 zu § 1490.

Konkurrenz der mehreren. Dadurch erhöhen sich die Anteile der in der Gemeinschaft verbleibenden Mitabkömmlinge, ohne daß diese Erhöhung vorläufig während des Bestehens der Gemeinschaft dem Prinzip der Gesamthand entsprechend ziffernmäßig zum Ausdruck kommt.[1])

Dem „anwachsen im § 1490 BGB." entspricht etwa das „zuwachsen" in § 738 BGB. Die Rechtslage ist die gleiche, wie beim Ausscheiden eines Gesellschafters im Falle des § 738 Abs. 1 Satz 1.[2])

Der gegen Verzicht abgefundene Abkömmling scheidet also aus der fortgesetzten Gütergemeinschaft endgültig aus. Es stehen ihm keinerlei Ansprüche auf den ihm zukommenden Gesamtgutsanteil mehr zu, der den übrigen anteilsberechtigten Abkömmlingen anwächst. Auch die Anwartschaft der Abkömmlinge des Ausgeschiedenen auf Eintritt in die Gemeinschaft ist für immer hinfällig.

5. In erster Linie sind die Abmachungen des überlebenden Ehegatten mit den Abkömmlingen über die Verrechnung der Abfindung bei der Auseinandersetzung maßgebend. Eine derartige Vereinbarung kann an sich vor oder nach der Aufhebung der Gemeinschaft erfolgen. Wird sie v o r der Aufhebung getroffen, so bedarf sie der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.[3]) Mangels einer besonderen Vereinbarung über die Berücksichtigung der Abfindung belastet die einem ausgeschiedenen Abkömmlinge gewährte Abfindung im Verhältnis der Teilhaber zu einander die Abkömmlinge. Eine solche einseitige Belastung der Abkömmlinge erscheint gerechtfertigt, wenn wir uns vergegenwärtigen, daß mangels der Bestimmung des § 1501 Abs. 1 die Hälfte der Abfindung von dem

[1]) Schmidt Anm. 3 zu § 1490.
[2]) Ebenso Schmidt § 1490 Anm. 3.
[3]) § 1501 Abs. 2 BGB.

überlebenden Ehegatten zu tragen sein würde, obgleich der Anteil des verzichtenden Abkömmlings gemäß § 1491 Abs. 4 § 1490 S. 3 den übrigen anteilsberechtigten Abkömmlingen zu Gute gekommen ist. Der § 1501 Abs. 1 lautet nun: „Ist einem anteilsberechtigten Abkömmlinge für den Verzicht auf seinen Anteil eine Abfindung aus dem Gesamtgut gewährt worden, so wird sie bei der Auseindersetzung in das Gesamtgut eingerechnet und auf die den Abkömmlingen gebührende Hälfte angerechnet". Für die Anwendung des § 1501 kommt nur eine dem Gesamtgut entnommene und für den Verzicht eines Abkömmlings auf seinen Anteil geleistete Abfindung in Betracht. Eine derartige Abfindung wird bei der Auseinandersetzung folgendermaßen berücksichtigt:

Der Betrag der Abfindung, eventuell deren zur Zeit des Verzichtes vorhandener Geldwert, wird der Masse des Gesamtgutes hinzugerechnet. Die so gefundene Summe wird in zwei Teile zerlegt und die Abfindung von dem an die Abkömmlinge fallenden Teile abgezogen. Wenn also das Gesamtgut einen Wert von 50000 Mk. hat, eine Abfindung 20000 Mk. beträgt, so sind dem Gesamtgut 20000 Mk. hinzuzurechnen, was 70000 Mk. ergibt. Von 70000 Mk. erhält der überlebende Ehegatte die Hälfte, demnach 35000 Mk. Dagegen bekommen die Abkömmlinge nur 15000 Mk., da ihnen die gewährte Abfindung in Höhe von 20000 Mk. angerechnet wird. Die Abfindung belastet aber die Abkömmlinge nur durch Anrechnungs-, nicht durch eine Leistungspflicht, wie § 1501 Abs. 1 ausdrücklich bestimmt. Eine persönliche Haftung der Abkömmlinge gegenüber dem überlebenden Ehegatten für Erstattung der Abfindung tritt nicht ein, auch wenn die ihnen zukommende Hälfte den Betrag der Abfindung nicht erreicht. Wenn zum Beispiel der ab-

gefundene Abkömmling 5000 Mk. erhalten hat und der Wert des Gesamtgutes zur Zeit der Auseinandersetzung 2000 Mk. beträgt, so würden dem überlebenden Ehegatten $\frac{5000+2000}{2}$ =3500 Mk. gebühren. Im vorliegenden Falle erhält er nur die vorhandenen 2000 Mk. und hat keine weitergehende Ersatzansprüche an die Abkömmlinge.

Aber nicht jede vom überlebenden Ehegatten aus dem Gesamtgut geleistete Abfindung brauchen sich die Abkömmlinge anrechnen zu lassen. Zweifellos müssen sie die Abfindung, zu der sie ihre Zustimmung gegeben haben, in ihrer vollen Höhe tragen. Planck[1]) und Blume[2]) halten überhaupt nur eine Abfindung für anrechnungsfähig, wenn der Verzicht des Abkömmlings vertragsmäßig erfolgt ist, das heißt, wenn auch die übrigen Gemeinschafter ihr Einverständnis mit der Abfindung erklärt haben. Wir hatten der Ansicht Staudingers uns anschließend den Grundsatz aufgestellt, daß der überlebende Ehegatte ohne Rücksicht darauf, in welcher Form der Verzicht erfolgt ist, eine Abfindung, die dem Anteil des Abkömmlings am Gesamtgut entspricht, unter allen Umständen auch ohne die Zustimmung der Abkömmlinge zu gewähren befugt ist. Die Anrechnung einer Abfindung, die sich in dieser Höhe hält, müssen sich die Abkömmlinge gefallen lassen, da insoweit der Ehegatte über das Gesamtgut zu ihren Lasten verfügen kann. Insoweit jedoch die Abfindung den Anteil des Abkömmlings übersteigt, hat sie nicht mehr, wie wir oben erörtert haben, als Abfindung für den Verzicht, sondern als Schenkung zu gelten.

Hat der überlebende Ehegatte eine Abfindung gewährt, so wird in jedem Falle bei der Auseinandersetzung

[1]) Planck a. a. O. § 1501 Anm. 1c.
[2]) Opet a. a. O. § 1501 Anm. 2

seitens der übrigen Gemeinschafter zu prüfen sein, ob diese dem Anteil des Abkömmlings am Gesamtgut nach dessen Stand zur Zeit der Leistung entsprochen hat. Stellt sich dabei heraus, daß der Ehegatte mehr gegeben hat, als der Anteil des Abkömmlings betrug, so hat er seine Verfügungsbefugnis überschritten; die Mehrleistung hat dann den Charakter einer Schenkung. Eine solche ist aber im Verhältnis des Ehegatten zu den Abkömmlingen gemäß § 1487, 1446 BGB. ein konsensbedürftiges Rechtsgeschäft, sofern nicht eine Pflicht- oder Anstandsschenkung in Betracht kommt. Die letztere wird in der Regel nicht anzunehmen sein, da, wenn dem Abkömmlinge eine seinem Anteile entsprechende Abfindung gegeben worden ist, von einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht dem verzichtenden Abkömmling gegenüber nicht mehr die Rede sein wird.

Hat demnach der überlebende Ehegatte zu einer Abfindung, soweit sie über das dem Anteile des Abkömmlings entsprechende Maß hinausgeht, sich weder die Einwilligung noch die Genehmigung sämtlicher anteilsberechtigter Abkömmlinge verschafft, so hat er seine Verfügungsbefugnis überschritten und sich nach §§ 1487, 1456 BGB. ersatzpflichtig gemacht, denn er hat eine Verminderung des Gesamtgutes herbeigeführt, durch ein Rechtsgeschäft, das er ohne die erforderliche Zustimmung der übrigen Gemeinschafter vorgenommen hat. Dieser Ersatzanspruch steht den Abkömmlingen zu. Den Ersatz hat der Ehegatte ins Gesamtgut zu leisten. Für den Umfang dieser Ersatzpflicht kommen die Vorschriften der §§ 249 ff BGB., die die Schadensersatzpflicht allgemein regeln, zur Anwendung. Nach Maßgabe der §§ 1489, 1476 Abs. 2 muß sich der überlebende Ehegatte den Ersatzbetrag auf seine Gesamtgutshälfte anrechnen lassen. Wenn die Schadenersatz-

summe die ihm zustehende Gesamtgutshälfte übersteigt, bleibt er in Höhe des Betrages, der nicht durch die Anrechnung getilgt werden kann, persönlicher Schuldner der anteilsberechtigten Abkömmlinge (§ 1476 Abs. 2 Satz 2). Diese haben einen obligatorischen Anspruch gegen das sonstige Vermögen des ersatzpflichtigen überlebenden Ehegatten. Die dem überlebenden Ehegatten obliegende Ersatzverbindlichkeit ist sonach keine bloße Kollationspflicht (§§ 2055 ff BGB.) sondern eine gewöhnliche Ersatzpflicht [1]).

Nur eine dem Anteil des verzichtenden Abkömmlings entsprechende vom überlebenden Ehegatten aus Gesamtgutsmitteln gewährte Abfindung belastet im Verhältnis sämtlicher Gemeinschafter zu einander die Abkömmlinge. Durch eine, dieses Maß übersteigende Abfindung kann die Gesamtgutshälfte der Abkömmlinge nur dann belastet werden, wenn sie zu dem Mehr ihre Zustimmung erteilt haben.

Wie eine Abfindung, die auf die Gesamtgutshälfte der Abkömmlinge anrechnungsfähig ist, im Verhältnis der Abkömmlinge zu einander bei der Auseinandersetzung zu verrechnen ist, ergibt sich aus § 1503 Abs. 3, der bestimmt: „Ist einem Abkömmlinge, der auf seinen Anteil verzichtet hat, eine Abfindung aus dem Gesamtgut gewährt worden, so fällt sie den Abkömmlingen zur Last, denen der Verzicht zu statten kommt". Die Vorschrift des § 1503 Abs. 3 ist aber nicht zwingender Natur, sie kann durch eine vom § 1501 Abs. 2 zugelassene abweichende Vereinbarung abgeändert werden [2]), nur wenn eine besondere Vereinbarung nicht getroffen ist, vollzieht sich die Verrechnung unter den Abkömmlingen in der in § 1503 Ab. 3

[1]) siehe Staudinger a. a. O. Anm. 4 zu § 1476.

[2]) s. Schmidt Anm. 3 zu § 1503, Staudinger Anm. 4 daselbst.

bestimmten Weise. Nach § 1503 Abs. 1 hat die Teilung der den Abkömmlingen zukommenden Gesamtgutshälfte nach dem Verhältnis der Anteile zu erfolgen, zu denen die Abkömmlinge, falls der erst verstorbene Ehegatte erst zur Zeit der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft gestorben wäre, im Falle der gesetzlichen Erbfolge als dessen Erben berufen sein würden. Daraus folgt, daß auf das Teilungsverhältnis der Abkömmlinge die Vorschriften der §§ 1924, 1927 und 1930 anwendbar sind. Da nun der den Abkömmlingen gebührende Anteil nach erbrechtlichen Grundsätzen geteilt wird, kann der Fall eintreten, daß durch die infolge des Verzichts eines Abkömmlings eintretende Anwachsung (§ 1491 Ab. 4 § 1490 Satz 3) der Wegfall des Abkömmlings den übrigen Abkömmlingen nicht in gleicher Weise zu statten kommt. Mit Rücksicht darauf ist im Abs. 3 § 1503 ausgesprochen, daß die gewährte Abfindung im Verhältnis der Abkömmlinge zu einander denjenigen zur Last gelegt werden soll, denen der Verzicht zu Gute gekommen ist.

III.

Gegen den Verzicht auf den ihm zukommenden Gesamtgutsanteil eine Abfindung zu erlangen, ist die einzige Möglichkeit zur Verwertung seines Gesamtgutsanteils, die sich für einen anteilsberechtigten Abkömmling bietet. Da nach den Bestimmungen des Gesetzes die fortgesetzte Gütergemeinschaft als eine Gemeinschaft zur gesamten Hand zu gelten hat, ist ein Abkömmling nicht in der Lage, während der Dauer der Gemeinschaft über seinen Anteil am Gesamtgut oder an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen zu verfügen. (§ 1442 BGB. § 1487). Eine Veräußerung, Abtretung oder Verpfändung des Anteils ist demnach unzulässig, wie auch der Anteil weder pfändbar

ist, noch in die Konkursmasse des Abkömmlings fällt. Ebenso rechtlich unmöglich ist eine Verfügung des Abkömmlings mit bedingter Wirkung, d. h. mit der Wirkung, daß über dasjenige verfügt sein soll, was dem Abkömmlinge bei der künftigen Auseinandersetzung aus dem Gesamtgut zufallen würde[1]). Solange die Gemeinschaft besteht, kann der Abkömmling auch Teilung nicht verlangen, während, wie wir gesehen haben, der überlebende Ehegatte jederzeit befugt ist, die bestehende Gemeinschaft aufzuheben und eine Auseinandersetzung in die Wege zu leiten, sind die Abkömmlinge, wenn die Voraussetzungen, die Aufhebung der Gemeinschaft durch Klage herbeizuführen, nicht vorliegen, niemals im Stande die bestehende Gemeinschaft zu lösen und den ihnen gehörigen Anteil herauszuverlangen, selbst dann nicht, wenn sie volljährig geworden sind. Dem Gesetz ist eine Befugnis der Abkömmlinge zur Aufhebung der Gemeinschaft unbekannt. Und doch besteht m. E. ein praktisches Bedürfnis, de lege ferenda den Abkömmlingen ein Aufhebungsrecht zuzugestehen, oder wenn dies zu weitgehend erscheinen sollte, ihnen wenigstens einen Rechtsanspruch auf eine angemessene Abfindung einzuräumen. Denn man nehme einmal folgenden Fall an. Ein Abkömmling, dem ein Anteil an einem sehr großen Gemeinschaftsvermögen zusteht, will sich verheiraten oder selbständig machen. Dazu hat er zweifellos größere Geldmittel nötig. Wenn es jetzt dem überlebenden Ehegatten nicht gefällt und sich dieser zur Gewährung einer Abfindung nicht bereit finden kann, ist es dem Abkömmling, dem einstmals nach dem Tode des Ehegatten ein großes Vermögen aus dem Gesamtgut zufällt, zur Zeit unmöglich, die nötigen Mittel flüssig zu machen, da er seinen Gesamtgutsanteil in keiner Weise verwerten

[1]) Staudinger 2a zu § 1442.

kann. Zwar ist der Abkömmling jederzeit berechtigt, auf seinen Anteil Verzicht zu leisten, den er jedoch nicht ohne eine entsprechende Gegenleistung aussprechen wird. Ein Anspruch auf Gewährung einer Abfindung für den Verzicht steht ihm nicht zu. Augenblicklich ist daher der anteilsberechtigte Abkömmling allein und ausschließlich auf die Güte des überlebenden Ehegatten angewiesen. Infolge des Geizes und der Hartherzigkeit desselben wird aber oftmals das berechtigte Verlangen eines Abkömmlings nach einer Abfindung unberücksichtigt bleiben.

Litteratur-Verzeichnis.

Broistedt. Die rechtliche Stellung der Abkömmlinge in der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Dissertation. Borna, Leipzig 1907.

Bollenbeck. Theorie und Praxis der Erbverträge zwischen Ehegatten 1905.

Cosack. Bürgerliches Recht Band 2. 4. Auflage. Jena 1904.

Dernburg. Familienrecht 4 Bd. 4. Auflage. Berlin 1908.

Eck-Leonhard. Vorträge über das Recht des BGB. von Eck. Bd. 2. Berlin 1904.

Hachenburg. Vorträge über das BGB. 2. Aufl. Mannheim 1900.

Heinsheimer. Bürgerliches Recht Bd. 2. 1. u. 2. Aufl. 1905.

Hellwig. Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

Hintze. Das Anwachsungsrecht bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Dissertation. Berlin 1907.

Hezel. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft. Dissertation. Tübingen 1901.

Jaenicke. Die Stellung des überlebenden Ehegatten bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Dissertation. Göttingen 1888.

Motive zum Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuchs. Bd. IV 1888.

Opet und v. Blume. Kommentar zum BGB. Familienrecht. Berlin 1906.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs. Bd. 4. 1897.

v. Roth. System des deutschen Privatrechts. II. Teil. Tübingen 1881.

Planck. Familienrecht Bd. 4, 3. Auflage. Berlin 1906.

Schmidt. Familienrecht. 1. Abschnitt. Münden 1907.

Schultz. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft. Dissertation. Borna-Leipzig 1902.

Staudinger. Familienrecht Bd. IV. 5. u. 6. Auflage. München-Berlin 1910.

Stobbe O. Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. IV.

Ubbelohde. Iherings Jahrbücher 38.